

## 1. Inleiding

1. De regels inzake overheidsopdrachten zijn in beginsel ook van toepassing op opdrachten die een aanbestedende overheid wil gunnen aan een andere overheid. Onder de voorwaarden die het Hof van Justitie voor het eerst in het arrest Teckal<sup>1</sup> heeft vastgelegd, is een aanbestedende overheid evenwel niet verplicht om de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen indien zij bepaalde opdrachten gunt aan een met haar verbonden rechtspersoon, voor zover

- i. de aanbestedende overheid een toezicht uitoefent op die rechtspersoon zoals op haar eigen diensten; en
- ii. die rechtspersoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

In een reeks van arresten heeft het Hof van Justitie voormelde voorwaarden verder toegelicht en verijnd<sup>2</sup>. Het arrest Coditel, C-324/07, d.d. 13 november 2008, schrijft zich verder in deze evolutie in.

## 2. Feitelijk kader

2. De gemeente Ukkel schreef een aanbesteding uit voor de verkoop van haar kabeltelevisienet. Vijf ondernemingen, waaronder Coditel, dienden een aanbod in. Vier van de vijf offertes waren niet ontvankelijk, de vijfde offerte, van Coditel, werd te laag bevonden. Brutélé, een intercommunale, stelde de gemeente Ukkel bij wijze van alternatief voor om toe te treden als vennoot, met inbreng van het netwerk en met toekenning van de exploitatie van het kabeltelevisienet aan de intercommunale. De gemeente Ukkel besloot hierop het voorstel van Brutélé te aanvaarden, hetgeen door Coditel bij de Raad van State werd aangevochten.

3. De Raad van State<sup>3</sup> was van oordeel dat de aangevochten transactie niet een publiek dienstencontract betrof, maar een concessie voor (openbare) diensten in de zin van het Europees gemeenschapsrecht. Hoewel dergelijke transacties niet zijn onderworpen aan de overheidsopdrachtenreglementering, stelde de Raad dat wel rekening moet worden gehouden met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit. Dit houdt in beginsel onder meer een verplichting tot transparantie en een oproep tot de mededinging in bij de toewijzing van een concessie. De Raad leidde hieruit af dat de toekenning van de concessie in beginsel vooraf moest zijn gegaan door een inmededingingstelling, tenzij de Teckal-uitzondering kon worden ingeroepen.

Of die uitzondering *in casu* kon worden toegepast, werd door de Raad echter betwijfeld omdat de controle op Brutélé door meerdere gemeenten/publieke partners gezamenlijk wordt uitgeoefend   n omdat de bestuursorganen van Brutélé over een belangrijke autonomie

<sup>1</sup> H.v.J., 18 november 1999, Teckal, nr. C-107/98.

<sup>2</sup> Zie o.m. H.v.J., 11 januari 2005, Stadt Halle, nr. C-26/03; H.v.J., 21 juli 2005, Coname, nr. C-231/03; H.v.J., 13 oktober 2005, Parking Brixen GmbH t. Gemeinde Brixen, nr. C-458/03; H.v.J., 11 mei 2006, Carbotermo, nr. C-340/04; H.v.J., 19 april 2007, Asemfo, nr. C-295/05 en in de (uitvoerige) rechtsleer o.m. D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 73-78; C. DUBOIS, « To be or not to be "In house". Observations relatives à l'exception « in house » après l'arrêt Carbotermo », *C.D.P.K.* 2007, 213-240; F. GOSSELIN e.a. (eds.), *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, Waterloo, Kluwer, 2008, 246 pp.; G. LAENEN, « Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht », *C.D.P.K.* 2006, 3 e.v.; B. SCHUTYSER, « De publiekrechtelijke verplichtingen van gemeentelijke verzelfstandigings- of samenwerkingsinitiatieven bij het sluiten van contracten », in S. VAN GARSSE (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia, 2007, 15.

<sup>3</sup> R.v.St., nr. 173.079, Coditel, 3 juli 2007.

beschikken. Volgens de Raad van State was hierdoor onduidelijk of wel voldaan was aan de eerste Teckal-voorwaarde, namelijk dat de gemeente Ukkel op Brutélé een toezicht moest uitoefenen zoals op de eigen diensten. Dit bracht de Raad ertoe drie prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

### 3. Het arrest Coditel

4. De eerste twee prejudiciële vragen worden door het Hof van Justitie samen behandeld en betreffen de controle die door de aanbestedende gemeente wordt uitgeoefend op een intercommunale. In zijn antwoord onderscheidt het Hof van Justitie voor een “controle zoals op eigen diensten” drie toetsstenen:

- i. het houderschap van het kapitaal van de afzonderlijke juridische entiteit;
- ii. de samenstelling van zijn beslissingsorganen; en
- iii. de omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur.

*In casu* aanvaardt het Hof dat er sprake is van een toezicht zoals op eigen diensten. Het Hof vertrekt hiervoor vanuit het gegeven dat de beslissingsorganen van Brutélé bestaan uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar zijn aangesloten. Ook stelt het Hof dat de uitgebreide bevoegdheden van de raad van bestuur niet automatisch tot een mate van zelfstandigheid leiden die uitsluit dat de bij Brutélé aangesloten gemeenten op haar toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten. Uit de wet, aangevuld door de statuten van Brutélé, volgt immers dat Brutélé taken van gemeentelijk belang als statutair doel toegewezen heeft gekregen en geen ander belang mag nastreven dan dat van de bij haar aangesloten overheidsinstanties.

5. De derde prejudiciële vraag heeft betrekking op de vraag of een gezamenlijk toezicht door meerdere aanbestedende overheden ook kan volstaan voor de eerste Teckal-voorwaarde. In het antwoord op deze vraag zet het Hof de logische stap die volgt op diens Asemfo-arrest<sup>4</sup>. In die rechtspraak zette het Hof van Justitie de deur reeds op een kier voor zulke gezamenlijke controle. Het oordeelde dat in bepaalde specifieke omstandigheden, waarbij aan elk van de deelnemers een rechtstreekse zeggenschap wordt verleend (in de Asemfo-zaak was dit met name de verplichting om elke individuele opdracht van een deelnemer uit te voeren tegen vastgestelde tarieven) inderdaad aan de toezichtsvoorwaarde met betrekking tot het toezicht van de overheidsinstantie kon zijn voldaan, zelfs indien elk van de overheidsinstanties slechts een klein aandeel in het kapitaal hebben.

In het Coditel-arrest gaat het Hof nog een stap verder. Het Hof oordeelt dat ook aan de voorwaarde van “het toezicht zoals op eigen diensten” kan worden voldaan door een gezamenlijk toezicht (d.w.z. zonder dat elk van de individuele deelnemende overheden op zich over een rechtstreekse zeggenschapsmogelijkheid beschikt). Het toezicht op die afzonderlijke entiteit moet volgens het Hof effectief zijn, maar het moet niet individueel door elk van de overheidsinstanties worden uitgeoefend. Het Hof preciseert daarbij dat hiervoor irrelevant is welke beslissingsprocedure daartoe in de collegiale organen van de afzonderlijke entiteit wordt gebruikt (met name of al dan niet bij meerderheid wordt beslist).

### 4. Conclusie en bedenkingen

6. De voornaamste conclusie uit het arrest Coditel is dat aan de voorwaarde van “een toezicht zoals op eigen diensten” ook kan worden voldaan via een gezamenlijke uitoefening van toezicht door de vennoten. Het is geenszins vereist dat iedere vennoot individueel toezicht uitoefent om (indien ook aan de tweede voorwaarde is voldaan) de opdrachten tussen die dochter en haar vennoten aan de wetgeving overheidsopdrachten te onttrekken. Met name

---

<sup>4</sup> H.v.J. 19 april 2007, Asemfo, nr. C-295/05 (overweging 57).

indien (i) de deelnemende overheden het gehele kapitaal aanhouden, (ii) de beslissingsorganen bestaan uit afgevaardigden van de aangesloten overheden en (iii) statutair geen andere doelstellingen kunnen worden nagestreefd dan het belang van de deelnemende overheden, zal ook aan de eerste Teckal-voorwaarde voldaan zijn.

Het Coditel-arrest zet aldus een nieuwe belangrijke stap in de richting van een minder strenge kijk op de in-house-problematiek die het Hof van Justitie met zijn meer recente arresten heeft ingezet.

Voor de gemeentelijke en intergemeentelijke sector zal dit ongetwijfeld verheugen. Tot voor kort stelde de rechtspraak zich op grond van de overheidsopdrachtenreglementering en het gelijkheidsbeginsel immers erg streng op t.a.v. de mogelijkheid voor gemeenten om welbepaalde economische prestaties aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toe te vertrouwen zonder marktbevraging. Die rechtspraak heeft geleid tot veel rechtsonzekerheid in de intercommunale sector en/of tot een beroep op andere uitzonderingen in de overheidsopdrachtenregelgeving die de beleidsvrijheid en werking van de gemeenten en intercommunales beperken<sup>5</sup>.

De erkenning met het Coditel-arrest dat een gezamenlijk toezicht volstaat om de eerste Teckal-voorwaarde te vervullen, creëert een nieuwe belangrijke opening. Op grond hiervan zal allicht ook de relatie tussen gemeenten en hun dienstverlenende intergemeentelijke verenigingen in de zin van het Vlaamse Decreet intergemeentelijke samenwerking aan een bevragingsplicht kunnen worden onttrokken. De dienstverlenende vereniging kent immers – net zoals Brutélé in het Coditel-arrest – een aandeelhouderschap dat uitsluitend uit overheden bestaat, de bestuurorganen worden bevolkt met afgevaardigden van de deelnemende overheden en de vereniging heeft decretaal tot doel om een duidelijk omschreven ondersteunende dienst te verlenen aan de deelnemende gemeenten<sup>6</sup>.

7. Er zal dan wel nog rekening te houden zijn met de tweede Teckal-voorwaarde, waarover het Hof van Justitie zich in dit arrest niet heeft uitgesproken. De Raad van State gaf in de prejudiciële vraagstelling wel aan dat hier voor Brutélé aan voldaan zou zijn. Toch is niet geheel zeker of die conclusie in de Brutélé-casus gewettigd is.

In de zaak *Correos*<sup>7</sup> - uitgesproken na het verwijzingsarrest van de Raad van State in de coditel-zaak – werd de tweede Teckal-voorwaarde immers niet vervuld geacht, omdat het betrokken overheidsbedrijf (de Spaanse evenknie van De Post) het merendeel van zijn werkzaamheden weliswaar op verzoek van maar niet rechtstreeks voor de overheid verricht (namelijk voor het postcliënteel). Ook het feit dat *Correos* concurreert met andere ondernemingen was een belangrijke reden voor het Hof om de toepassing van Teckal uit te sluiten. Volgens het Hof is de bedoeling van de tweede Teckal-voorwaarde immers precies te waarborgen dat de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing blijft indien een door overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en met andere ondernemingen kan concurreren (overweging 62).

In het onderhavige geval is het niet geheel duidelijk of Brutélé haar diensten inzake kabeltelevisie veeleer zal verrichten ten behoeve van haar individuele abonnees, dan wel ten

<sup>5</sup> Aldus wordt in de Vlaamse praktijk vaak gewerkt op grond van de toekenning door de gemeenten van een exclusief recht (artikel 3, §2 van de wet van 24 december 1993). Dit sluit echter uit dat gemeenten voor eenzelfde opdracht desgevallend op derden beroep doen. Bovendien vereiste de toezichthoudende overheid – o.i. zonder wettelijke noodzaak hiertoe – een “wederzijds exclusief recht”. Dit wil zeggen dat ook de vereniging zich niet het recht mag voorbehouden dezelfde opdrachten uit te voeren ten behoeve van rechtspersonen die niet in de vereniging deelnemen of die terzake geen exclusief recht van dienstverlening aan haar hadden toegekend (VERHULST, M., *De Nieuwe Gemeentewet in de Praktijk*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 78). Het spreekt voor zich dat die vereisten heel wat gemeenten huiverig maakten om nog via een dienstverlenende vereniging te werken en tegelijkertijd ook het actieterein van deze verenigingen (al te zeer) beperken.

<sup>6</sup> Zie artikelen 10, 12, §2, 2° en 44-46 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, B.S., 31 oktober 2001.

<sup>7</sup> H.v.J. 18 december 2007, *Correos*, nr. C-220/06.

behoefte van de deelnemende gemeenten. Daarbij komt dat Brutélé die televisie-activiteiten uitoefent in concurrentie met andere ondernemingen die vergelijkbare diensten aanbieden<sup>8</sup>. Het valt dan ook nog af te wachten of de Raad van State het Correos-arrest mee in overweging zal nemen in zijn definitief arrest, dat bij het afsluiten van deze noot nog niet werd uitgesproken.

Frederik Vandendriessche  
Stefan Jochems  
Evelien De Raeymaecker

---

<sup>8</sup> Overweging 79 van de conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 4 juni 2008, waarbij wordt aangegeven dat het in deze context niet van belang is dat Brutélé haar diensten commercieel aanbiedt en daarmee automatisch concurreert met andere particuliere aanbieders, situeert zich o.i. uitsluitend in het licht van de analyse van de eerste Teckal-voorwaarde en heeft dan ook geen uitstaans met de analyse van de tweede Teckal-voorwaarde.